

RICARDO MARCONDES MARTINS

***ESTUDOS DE
DIREITO ADMINISTRATIVO
NEOCONSTITUCIONAL***

 **MALHEIROS
EDITORES**

ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO NEOCONSTITUCIONAL

© RICARDO MARCONDES MARTINS

ISBN: 978-85-392-0266-9

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 — Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia L. Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2015

SUMÁRIO

<i>Introdução</i>	13
<i>Referências</i>	23

PARTE I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1 – Moralidade Administrativa

<i>1.1 Breve introdução</i>	29
<i>1.2 Relação entre Direito e Moral</i>	30
<i>1.3 Contradição performativa</i>	32
<i>1.4 Moral e Justiça</i>	35
<i>1.5 Justiça e Direito</i>	36
<i>1.5.1 Injustiça e inexistência do Direito</i>	40
<i>1.5.2 Injustiça e invalidade do Direito</i>	43
<i>1.6 Moral e Direito</i>	45
<i>1.7 Princípio da moralidade administrativa</i>	48
<i>1.7.1 Aspectos objetivo e subjetivo da moralidade administrativa</i>	53
<i>1.7.2 Moralidade administrativa, legalidade e boa administração</i>	57

2 – Interesse Público e Arbitragem

<i>2.1 Neoliberalismo e privatização</i>	63
<i>2.2 Primeira fase: afronta à indisponibilidade</i>	66

2.3 Interesse público secundário e disponibilidade	67
2.4 Interesse público primário e disponibilidade legislativa	73
2.5 Segunda fase: afronta à supremacia do interesse público sobre o privado	78

3 — Simetria e Federalismo Brasileiro

3.1 Federalismo	82
3.2 Federalismo brasileiro	85
3.3 O Município na Federação Brasileira	87
3.4 O princípio da simetria	92
3.4.1 Processo legislativo municipal	94
3.4.2 Estatuto jurídico dos Prefeitos	98
3.4.3 Comissões parlamentares de inquérito	102
3.5 Considerações finais	105

4 — Segurança Jurídica e Normas Gerais de Direito Urbanístico

4.1 Introdução	107
4.2 Competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico	109
4.3 Doutrina de Geraldo Ataliba	110
4.4 Doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto	111
4.5 Princípios jurídicos	112
4.6 Elemento formal do conceito de norma geral	114
4.7 Elemento material do conceito de norma geral	115
4.8 Normas gerais de direito urbanístico e competências privativas	121
4.9 Três espécies de normas gerais federais de direito urbanístico	122
4.10 Normas de direito urbanístico diretamente vinculadas ao interesse local	123

4.11 Normas gerais de direito urbanístico de primeiro nível	124
4.12 Normas gerais de direito urbanístico de segundo nível	125
4.13 Panorama das competências legiferantes urbanísticas	126

PARTE II – OS SUJEITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

5 – Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

5.1 Introdução	131
5.2 Atividade administrativa de fomento	135
5.3 A Lei 9.637/1998 e o projeto de privatizações	137
5.4 A Lei 9.637/1998 e a técnica de fomento	142
5.5 A Lei 9.637/1998 e a ADI 1.923	148
5.6 A Lei 9.790/1999	150
5.7 Autarquias corporativas	153
5.8 Invalidade da Lei 9.790/1999	155

6 – Regime Constitucional dos Servidores Públicos

6.1 Breve introdução	161
6.2 Garantias constitucionais ao bom exercício da função administrativa	162
6.3 Princípio constitucional do concurso público	168
6.4 Princípio constitucional da estabilidade	173

PARTE III – VIAS DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

7 – Extinção e Modificação dos Atos Administrativos

7.1 Extinção dos atos administrativos	185
7.2 Revogação dos atos administrativos	190
7.2.1 Discricionariedade administrativa	191

7.2.2	<i>Pressupostos da revogação</i>	193
7.2.3	<i>Revogação e decaimento ou caducidade</i>	199
7.3	<i>Invalidação dos atos administrativos</i>	205
7.3.1	<i>Pressupostos da invalidação</i>	206
7.3.2	<i>Classificação da invalidade</i>	215
7.4	<i>Modificação dos atos administrativos</i>	219
7.5	<i>Convalidação dos atos administrativos</i>	223
7.5.1	<i>Convalidação e escolha do meio de correção</i>	223
7.5.2	<i>Classificação da convalidação</i>	228
7.5.3	<i>Pressupostos da convalidação</i>	230

8 — Licenças Ambientais

8.1	<i>Introdução</i>	232
8.2	<i>Natureza jurídica da licença ambiental</i>	233
8.2.1	<i>Correntes doutrinárias</i>	235
8.2.2	<i>Constituição x legislação</i>	238
8.2.3	<i>Das licenças e das autorizações</i>	241
8.2.4	<i>Direito fundamental à liberdade econômica</i>	244
8.2.5	<i>Exercício de competência vinculada</i>	248
8.3	<i>Regime jurídico da licença ambiental</i>	251
8.3.1	<i>Cláusula rebus sic stantibus</i>	252
8.3.2	<i>Direito de construir</i>	254
8.3.3	<i>Licença ambiental de instalação de obra</i>	257
8.3.4	<i>Licença ambiental de instalação de atividade</i>	261
8.3.5	<i>Prazo de validade</i>	263

9 — Processo Administrativo

9.1	<i>Introdução</i>	267
9.2	<i>Natureza jurídica do processo civil</i>	269

9.2.1 Oskar von Bülow x James Goldschmidt	270
9.2.2 Procedimento	273
9.2.3 Procedimento contraditório	275
9.2.4 Relação jurídica processual	280
9.2.5 Processo x procedimento	285
9.3 Processo administrativo	288
9.3.1 Procedimento administrativo na teoria dos atos administrativos	288
9.3.2 Procedimento administrativo e exercício da função administrativa	291
9.3.3 Uso da expressão “procedimento administrativo”	292
9.3.4 Uso da expressão “processo administrativo”	294
9.3.5 Conceito científico de processo e de procedimento administrativo	302
9.4 Finalidade do processo administrativo	307
9.5 Espécies de processos administrativos	308
9.5.1 Processos administrativos de defesa	309
9.5.2 Processos administrativos de participação	312
9.6 Procedimentos administrativos autônomos	320
9.7 Competência legislativa	321
9.8 Princípios regentes do processo administrativo	322
9.8.1 Sistemas administrativos	323
9.8.2 Institutos fundamentais do processo jurisdicional e do administrativo: similitudes	327
9.8.3 Processo jurisdicional e processo administrativo: diferenças fundamentais	330
9.8.4 Devido processo legal: conceito	331
9.8.5 Devido processo legal e processo administrativo	336

10 – Licitação: Dispensa e Inexigibilidade

10.1 Dever de licitar	343
10.2 Inexigibilidade de licitação	346
10.3 Dispensa de licitação	352

11 – Contrato Administrativo

11.1 Introdução	360
11.2 Conceito e classificação	361
11.2.1 Contrato privado	362
11.2.2 Três correntes	366
11.2.3 Direito administrativo e direito privado	370
11.2.4 Conceito de contrato administrativo	374
11.2.5 Classificação dos contratos administrativos	378
11.3 Regime jurídico	381
11.3.1 Conceitos elementares da teoria do ato administrativo	381
11.3.2 Contratos administrativos e revogação	386
11.3.3 Extinção do contrato administrativo	390
11.3.4 Alteração do contrato administrativo	399
11.3.5 Extinção e alteração dos “contratos da Administração”	403
11.3.6 Intangibilidade da equação econômico-financeira	406

**12 – Consórcios Públicos
e Serviço de Saneamento Básico**

12.1 Breve introdução	414
12.2 Estado Federal	415
12.3 Serviço de saneamento básico	421
12.4 Teoria da troca de sujeito	435
12.5 Inconstitucionalidade global da Lei de Saneamento Básico	439

PARTE IV – ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

13 – Teoria Neoconstitucional do Poder de Polícia

13.1 Introdução	447
13.2 Direito e ideologia	449
13.3 Regulação	451
13.4 Direitos fundamentais e princípios	456
13.5 Ordenação	466
13.5.1 Constituição de situações ativas	467
13.5.2 Constituição de situações passivas	468
13.5.3 Sacrifícios de direito	472
13.6 Teoria clássica do poder de polícia	478
13.7 Teoria neoconstitucional do poder de polícia	480
13.8 Caracteres do poder de polícia	485

14 – Apontamentos sobre Desapropriação

14.1 Direito de propriedade	494
14.2 Restrições ou limitações à propriedade e sacrifícios da propriedade	498
14.3 Conceito de desapropriação e de servidão administrativa	500
14.4 Processo de desapropriação: fase declaratória	502
14.5 Processo de desapropriação: fase executória extrajudicial ...	505
14.6 Processo de desapropriação: fase judicial	506
14.6.1 Imissão na posse	506
14.6.2 Levantamento do depósito	512
14.6.3 Contestação e instrução	516
14.6.4 Sentença	517
14.6.5 Execução	521
14.6.6 Desistência	521

14.7 Espécies de desapropriação	522
14.8 Perdimento de bens	524
14.9 Desapropriação indireta	525

15 — Função Social da Posse

15.1 Breve introdução	527
15.2 Estatuto constitucional da propriedade	528
15.3 Função social da propriedade	532
15.4 Estatuto constitucional da posse	537
15.5 Função social da posse e ponderação legislativa	541
15.6 Função social da posse e ponderação privada	547

16 — Titularidade Pública das Coisas de Ninguém

16.1 Breve introdução	553
16.2 Princípio da titularidade pública das coisas de ninguém	553
16.3 Tutela da propriedade privada de domínio incerto	558
16.4 Propriedade da herança jacente	562
16.5 Aspectos processuais	566
16.6 Efeitos da sentença de vacância	568
16.7 Usucapião dos bens da herança vacante	572
16.8 Outras questões	577

PARTE V — CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

17 — Mandado de Segurança e Regime Processual da Fazenda Pública

17.1 Introdução	583
17.2 Origem	585

17.3 História constitucional	589
17.4 Núcleo essencial	593
17.5 Novos rumos do direito processual	597
17.6 Mandado de segurança e o novo direito processual	601
17.7 Lei do Mandado de Segurança e o novo processo civil	605
17.8 Regime jurídico do controle jurisdicional da função pública	611
17.8.1 <i>Apelação da Administração Pública e efeito suspensivo</i>	<i>612</i>
17.8.2 <i>Participação do Ministério Público</i>	<i>615</i>
17.8.3 <i>Prerrogativas da Fazenda Pública</i>	<i>621</i>
17.8.4 <i>Peculiaridades da antecipação de tutela</i>	<i>627</i>
17.8.5 <i>Informações da autoridade pública</i>	<i>629</i>

18 — Improbidade Administrativa e Inversão do Ônus da Prova

18.1 Ônus da prova	632
18.2 Inversão do ônus da prova	636
18.3 Presunções legais	639
18.4 Improbidade administrativa	641
18.5 Improbidade administrativa por presunção	642
18.5.1 <i>Presunção de enriquecimento ilícito</i>	<i>646</i>
18.5.2 <i>Princípio da aptidão para prova</i>	<i>647</i>
18.5.3 <i>Dinheiro público e supremacia do interesse público sobre o privado</i>	<i>648</i>
18.5.4 <i>Combate à corrupção e hermenêutica jurídica</i>	<i>650</i>

19 — Responsabilidade Civil do Estado e Imputação Objetiva

19.1 Causalidade e imputação	654
19.2 Causalidade e Direito	659

19.3 Nexo causal	660
19.4 Responsabilidade civil do Estado na teoria tradicional	662
19.5 Crítica de Marçal Justen Filho	666
19.6 Imputação objetiva	669
19.7 Imputação objetiva do dever estatal de reparar o dano	674
19.8 Excludentes de imputação	678
 Referências Bibliográficas	 686
Índice Remissivo de Autores	725
Índice de Legislação	740
Índice Alfabético-Remissivo	752